臺灣高等法院民事判決

107年度重上字第678號

上　訴　人　林美華
訴訟代理人　洪貴叁律師
　　洪偉勝律師
　　胡珮琪律師
被　上訴人　圩鑫不動產經紀有限公司
法定代理人　王建雄
訴訟代理人　朱政勳律師
被　上訴人　住商實業股份有限公司
法定代理人　吳耀焜
訴訟代理人　蘇千祿律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國107年7月18日臺灣新北地方法院106年度重訴字第880號第一審判決提起上訴，本院於108年3月20日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人圩鑫不動產經紀有限公司應給付上訴人新臺幣伍佰肆拾陸萬元，及自民國一０六年十月十二日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人圩鑫不動產經紀有限公司負擔四分之三，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付部分，於上訴人以新臺幣壹佰捌拾貳萬元供擔保後得假執行，但被上訴人圩鑫不動產經紀有限公司如以新臺幣伍佰肆拾陸萬元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：訴外人劉百森為被上訴人住商實業股份有限公司（下稱住商公司）之加盟店即被上訴人圩鑫不動產經紀有限公司（下稱圩鑫公司）之不動產經紀營業員，為圩鑫公司從事不動產仲介經紀等業務，並以圩鑫公司仲介身分，於民

國104年5月間受伊委託，以新臺幣（下同）750萬元（不含相關契稅）之價格，代為銷售伊所有之門牌號碼新北市○○區○○路○○○巷○○弄○○號1樓房屋暨坐落基地（下稱系爭房地），約定銷售期限為4個月。伊並依指示於同年8月間，辦理印鑑證明交付予劉百森。惟至同年9月30日，系爭房地仍未售出，劉百森要求延長委託期限1個月，並承諾屆期如未賣出系爭房地，願以750萬元向伊購買系爭房地，雙方並簽署買賣契約，及交付票面金額750萬元、到期日為104年10月31日之本票以為擔保。詎劉百森竟未徵得伊同意，於屆期前之104年10月28日，在圴鑫公司門市內，擅自以伊名義，將系爭房地以720萬元，仲介出售予訴外人林美珍；復向伊偽稱系爭房地已售出，林美珍願意私下再交付30萬元，惟為方便本次買賣交易順利進行，要求伊交付合作金庫埔墘分行0000000000000帳戶（下稱系爭帳戶）之存摺、印章，以便查詢相關款項是否如期匯入。伊因而陷於錯誤，乃依指示更改上開帳戶密碼及交付存摺、印章予劉百森。嗣劉百森未經伊同意或授權，接續於同年11月2日及19日於合作金庫土城分行盜領出售系爭房地之所得款項450萬元、256萬6000元，復於同年11月16日持偽造伊名義之土地登記申請書，前往新北市板橋地政事務所，以買賣為原因，辦理系爭房地所有權移轉登記予林美珍。劉百森上開未徵得伊同意盜賣系爭房地並詐領買賣價金行為，顯係故意以不法方式侵害伊對系爭房地之所有權或出售系爭房地所應得之價金750萬元。應依民法第184條規定負損害賠償責任。茲因劉百森前已清償30萬元，所餘720萬元財產上之損害，伊已另案訴請劉百森賠償並獲勝訴判決確定。則圴鑫公司自應依民法第188條第1項規定，就受僱人劉百森執行職務不法侵害伊權利之前開行為，與劉百森連帶負損害賠償責任。又住商公司既提供其服務標章予其加盟店圴鑫公司使用，對圴鑫公司及其受僱人亦設有管理規範，並透過加盟店之營業獲取商業利益，足認劉百森於客觀上亦係為住商公司執行職務，住商公司亦應依民法第188條

第1項規定與劉百森連帶負責等語。並聲明求為：被上訴人應連帶給付上訴人720萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息5%計算之利息；願供擔保請准宣告假執行。【原審判決上訴人敗訴，上訴人聲明不服，提起上訴】。並於本院上訴聲明：(一)原判決廢棄；(二)被上訴人應連帶給付上訴人720萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息5%計算之利息；(三)願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人圴鑫公司則以：伊公司雖曾與上訴人簽署專任委託銷售契約書（下稱系爭委託契約），然委託銷售期間已於104年6月2日屆滿。且劉百森於伊公司在職期間與伊之勞務關係，並非僱傭，而係承攬，本無民法第188條規定之適用。劉百森任職期間復至104年8月31日終止，故系爭房地於104年10月28日出售，及嗣後劉百森訛稱林美珍願私下給付30萬元、要求上訴人將系爭帳戶存簿密碼變更、相關存摺及印章交付管理、分別盜領450萬元及256萬5883元款項之時，劉百森均非伊之員工，伊公司自無須依民法第188條第1項規定負僱用人連帶責任。況劉百森係以系爭房地實質所有權人身分前來伊公司簽約成交，買方林美珍亦係劉百森自行尋來，賣方經紀人則為伊公司法定代理人王建雄；劉百森既非任何一方之仲介，即不存在劉百森客觀上被伊使用、為伊服勞務、受監督之客觀事實。實則上訴人與劉百森係於98年間經由買賣不動產認識，已委由劉百森辦理投資不動產交易4次，劉百森係憑藉其與上訴人間深厚私交而要求上訴人將系爭帳戶密碼變更，並交付存摺及印章等，一般人可輕易知悉上開之變態要求並非一般仲介執行職務上該有之程序，屬個人犯罪行為，客觀上與執行仲介職務並無任何關連性。且伊公司於系爭房地簽約時，已嚴格把關採用履約保證機制，即買方林美珍之價金匯至中國信託履約保證專戶，再經僑馥建築經理股份有限公司（下稱僑馥建經公司）於104年11月2日及19日轉匯至上訴人系爭帳戶，並無任何疏失；至於劉百森之後自上訴人系爭帳戶盜領款項，伊實無監督之可能性，自無需負

賠償責任。又上訴人自行將身分證、權狀、印鑑章及印鑑證明等重要簽約證明文件及系爭帳戶存摺、印章交付劉百森，就損害之發生與擴大顯有重大過失，則縱認伊應負責，亦應減輕或免除賠償責任等語，資為抗辯。並於本院答辯聲明：(一)上訴駁回；(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、被上訴人住商公司所為抗辯除與圴鑫公司上開陳述相同者外，另以：伊與圴鑫公司皆為獨立法人且會計帳冊亦為獨立，圴鑫公司員工之聘僱實與伊無關，伊亦無選任、監督圴鑫公司包括劉百森在內之員工之權責。又伊僅授權圴鑫公司使用服務標章「住商不動產」，並非授權加盟店使用「住商實業股份有限公司」名義對外簽約，不能僅以圴鑫公司或劉百森曾使用住商不動產之文宣或名片乙節，逕認伊應負僱用人之連帶賠償責任。再上訴人已與劉百森以550萬元達成和解，且劉百森已給付30萬元，上訴人仍請求連帶賠償720萬元，顯屬無據。上訴人交付存摺、印章等予劉百森不當行為，更與有過失，應有民法第217條規定之適用。上訴人請求權更已罹於時效等語，資為抗辯。並於本院答辯聲明：(一)上訴駁回；(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、上訴人主張：訴外人劉百森為住商公司之加盟店即圴鑫公司之不動產經紀營業員，為圴鑫公司從事不動產仲介經紀等業務，並以圴鑫公司仲介身分，於104年5月間受伊委託，以750萬元（不含相關契稅）之價格，代為銷售伊所有系爭房地，詎劉百森竟於104年10月28日，擅自以720萬元價格仲介出售系爭房地予林美珍，且於104年11月2日及19日在合作金庫土城分行自伊系爭帳戶盜領出售系爭房地之所得款項450萬元、256萬6000元，致伊受有損害，應由被上訴人連帶負責等情，業據提出劉百森名片、不動產買賣契約書、專任委託銷售契約書為證（原審卷第29、45至52、151頁）。被上訴人雖均否認應連帶負責。然查：

(一)關於劉百森基於詐欺及行使偽造私文書之接續犯意，明知上

訴人係以實拿750萬元之價格委託代售系爭房地，竟未徵得上訴人同意，即於104年10月28日，在圴鑫公司門市內，擅自以上訴人名義，將系爭房地以720萬元之價格，出售予買方林美珍，並委由任職於圴鑫公司之吳冠諒在系爭買賣契約等文件上，簽署「林美華」之署名，及盜蓋其印章。隨後向上訴人謊稱系爭房地已售出，林美珍願意私下再交付30萬元，且為方便交易順利進行，要求上訴人交付系爭帳戶之存摺、印章及更改密碼，以便買方匯入價款及查詢付款。劉百森詐取該帳戶後，於同年11月2日及19日，持上訴人所提供之存摺、印章，填妥取款憑條後，分別盜領450萬元及256萬6千元。復於同年11月16日持偽造上訴人名義之土地登記申請書，前往新北市板橋地政事務所，以買賣為原因，辦理系爭房地所有權移轉登記，將系爭房地之所有權移轉予林美珍，並於同年11月18日，亦未經上訴人同意，於圴鑫公司門市內，再委由吳冠諒擅以上訴人名義，與林美珍簽立房地產權點交書之所為，已犯行使偽造私文書等罪名，業經本院以106年度上訴字第1121號刑事判決有期徒刑2年6月確定等情，有該刑事判決書附卷可稽（本院卷第67至77頁），且為兩造所不爭執（本院卷第160至161頁）。且上訴人前依侵權行為法律關係對劉百森請求賠償720萬元，業經原法院以106年度重訴字第409號民事判決上訴人勝訴確定，亦有民事判決書可據（原審卷第79至83頁）。堪認上訴人主張：劉百森以詐欺及行使偽造私文書之侵權行為，不法侵害伊權利，致伊等受有系爭房屋所有權之損害，劉百森應依侵權行為法則賠償上訴人乙節，應屬有據。

(二)次按受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任，民法第188條第1項前段定有明文。僱用人藉使用受僱人擴張其活動範圍，享受其利益，而受僱人執行職務之範圍，或其適法與否，要非與其交易之第三人所能分辨，為保護交易之安全，受僱人之行為在客觀上具備執行職務之外觀，而侵害第三人之權利時，僱用人即

應負連帶賠償責任。故上開規定所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為而言，即濫用職務或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，其在外形之客觀上足認為與執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，即令其係為自己利益所為之違法行為，亦應包括在內（最高法院90年度台上字第1991號判決、91年度台上字第2627號判決意旨參照）。茲查：

甲、關於圩鑫公司部分：

1、劉百森原為圩鑫公司之不動產經紀營業員，已為兩造所不爭執（本院卷第160至161頁）。被上訴人雖抗辯：劉百森與伊之勞務關係，並非僱傭，而係承攬，本無民法第188條第1項之適用云云，並提出承攬契約、承攬關係終止同意書為憑（原審卷第207、209頁）。惟民法第188條第1項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者均係受僱人（最高法院57年台上字第1663號判例參照）。查上開承攬契約已約明劉百森所從事工作內容為不動產仲介經紀（開發、銷售）等業務，並約定劉百森執行業務須遵守不動產經紀業等相關法令及業務規範（原審卷第207頁），堪認劉百森確在為圩鑫公司服勞務，且受其監督至明，則圩鑫公司與劉百森間契約關係雖以承攬為名，尚不能排除民法第188條第1項之適用。圩鑫公司上開抗辯，已無足取。

2、圩鑫公司雖又抗辯：伊與劉百森間承攬關係已於104年8月31日終止；伊與上訴人所簽署系爭委託契約之銷售期間亦早於104年6月2日屆滿，是劉百森為盜賣系爭房屋及盜領價金之不法行為時，並非伊之受僱人，且伊與上訴人亦無任何契約關係；劉百森已向上訴人買斷系爭房地，並以系爭房地實質所有權人之地位出售系爭房地予林美珍，並非為伊執行職務，其個人犯罪行為，更與伊全無關聯云云。然查：

⑴上訴人係於104年4月2日與圩鑫公司簽署系爭委託契約及委

託銷售契約內容變更同意書，委託圩鑫公司仲介銷售系爭不動產，其當事人欄並均載明經紀人為劉百森乙節，有專任委託銷售契約書委、託銷售契約內容變更同意書（原審卷第159至165、263頁）；另劉百森提供之名片義印製有圩鑫公司專案經理之職銜（原審卷第29頁），堪認劉百森自始即以圩鑫公司經紀人員之身分為上訴人處理仲介銷售系爭房地事宜至明。且此尚不因上訴人與劉百森是否另有私誼或曾有合作代銷之經驗而異其認定。

②又系爭委託契約記載委託銷售期間雖僅至104年6月2日（原審卷第161、263頁），圩鑫公司提出之承攬關係終止同意書則記載劉百森與圩鑫公司已於104年8月31日合意終止（原審卷第209頁）；而兩造對於劉百森因未於系爭委託契約所訂期限內售出系爭房地，遂於104年10月初以總價款750萬元與林美華就系爭房地預訂買賣契約及簽發未載發票日票面金額750萬元、到期日104年10月31日之本票作為向林美華購買系爭房地價金之擔保等情，亦無爭執（本院卷第160至161頁），且有本票及買賣契約書存卷足稽（原審卷第33至44頁）。甚至劉百森尚曾於系爭刑事案件審理時答辯：伊於104年8月間即已與上訴人賣斷系爭房地云云（筆錄影本附於原審卷第190頁）。然證人即上訴人配偶陳政義已於系爭刑事案件審理時證稱：「...劉百森到我家是因為專任期已經過了，希望我們能再委託他賣這間房子。」、「（問：是否知道有一天劉百森到你家有簽一張本票跟房屋的買賣契約？）有，劉百森說他委任期到了，說再給他一個月的時間，如果沒有賣出去，劉百森要以750萬元買那間房子。」等語（見原審卷第254頁系爭刑事案件筆錄影本）；且劉百森雖抗辯系爭房地已於104年8月間賣斷云云，然又接續陳述：「到10月底沒有賣掉我就用750萬元跟證人（指林美華）買，所以我才開本票」等語（原審卷第463至464頁）。再參以證人林美珍於系爭刑事案件證稱：劉百森是賣伊房子的仲介，伊看到路邊廣告後去青雲路房子現場看，剛好遇到劉百森，價錢談好後

劉百森帶伊到板橋漢生東路的住商不動產，後來遷到民族路，仲介費10萬元，去公司當面給被告公司的店長（即王建雄），店長也有給伊收據等語（見原審卷第225至227頁系爭刑事案件筆錄）。且系爭房地嗣於104年10月28日出售予林美珍時，亦係以林美華為出賣人，且係由圴鑫公司為賣方經紀公司簽約，有系爭買賣契約可據（原審卷第45至52頁）。劉百森更於系爭刑事案件偵審中自承：伊於將成交時尚曾持買賣契約給上訴人看，上訴人沒有直接同意，但伊有告知林美珍私下會出750萬元等語（原審卷第442頁）。足見劉百森於原約定代銷期滿後，確有與上訴人合意延長委託銷售系爭房地之期間至104年10月31日。且劉百森於104年8月31日承攬契約終止之後仍持續以圴鑫公司名義仲介系爭房地至明；至於上訴人與劉百森個人之買賣契約則係以104年10月31日仍未售出為條件，此與劉百森於上開時間之前將系爭房地仲介出售予買方林美珍之認定，顯然無涉。上情足證劉百森於仲介出售系爭房地時確具有為圴鑫公司執行職務之外觀，系爭房地並實際由圴鑫公司仲介完成，則上訴人主張：劉百森上開侵權行為行為，客觀上足認與其執行職務有關，顯係藉由職務上之機會不法侵害上訴人，圴鑫公司自應依民法第188條第1項規定負連帶賠償責任等語，自非無據。

③圴鑫公司雖抗辯：劉百森係持印鑑證明、權狀等重要文件，並以系爭房地實質所有權人身分出售系爭房地予林美珍，且系爭買賣契約上仲介經紀人員並非劉百森，而係王建雄，可知劉百森於客觀上非執行職務云云，並提出房地產權點交書為憑（原審卷第53頁）。證人即地政士林怡並證稱：劉百森有說房子是他買的，上訴人僅為借名登記之人頭，他已出具權狀、印鑑證明、印鑑章等文件，且切結為所有權人等語（原審卷第472至474頁），並於庭後補具切結證明書為憑（原審卷第489頁）。然審酌系爭房地之買賣契約之賣方既仍為上訴人乙節，已如前述；圴鑫公司復自承：劉百森於104年10月28日簽約，主張其為實質所有權人，應直接匯到其帳戶

，然為伊拒絕，並仍辦理履約保證將買方付款匯入上訴人系爭帳戶，仲介費亦自履約專戶扣取等語（原審卷第276至277、190至191頁）；則縱然劉百森表示為系爭房地實質所有權人，圴鑫公司於仲介系爭房地買賣時，顯然仍係以上訴人為出賣人之方式辦理，且因此獲取仲介利益至灼。又兩造既不爭執上訴人於買賣契約簽署時並不在場，此並經證人林怡結證明確（原審卷第472頁）。則劉百森雖未於不動產說明書、房地產權點交書等文件上經紀人欄簽章，亦不影響前述劉百森以圴鑫公司經紀人員為上訴人執行仲介勞務之客觀事實。是被上訴人執上情抗辯劉百森並非執行職務云云，洵不足採。

④至於被上訴人雖另抗辯：劉百森係憑藉其與上訴人間深厚私交而要求上訴人將系爭帳戶密碼變更，並交付存摺及印章等，一般人可輕易知悉上開之變態要求並非一般仲介執行職務上該有之程序，屬個人犯罪行為，顯然並非客觀上與執行仲介職務有任何關連性之行為云云；並援引上訴人曾於系爭刑事案件審理時陳述：「（問：你當時的認知是被告是仲介，被告是哪家房仲並不是考慮的重點？）是。」等語為憑（原審卷第436頁）。然上訴人已陳明係因劉百森聲稱系爭房地已售出，林美珍願意私下再交付30萬元，而為方便本次買賣交易順利進行，要求伊交付系爭帳戶之存摺、印章及變更密碼，以便查詢相關款項是否如期匯入等語（原審卷第438頁系爭刑事案件筆錄影本，本院卷第256頁）。證人陳政義亦於系爭刑事案件證稱：「（問：劉百森有無請你們提供什麼東西給他？）有，劉百森說密碼要更改，還有給他印章、存摺。」、「（問：劉百森有說為何要給他這些東西？）劉百森說這樣他比較好處理，因為對方比較難處理。」、「（問：劉百森有說為何給他這些東西會比較好處理？）劉百森沒有解釋，就是這樣說，因為他當時是仲介公司的經理，我們相信劉百森。」（見原審卷第254頁系爭刑事案件筆錄影本）等語。且上訴人所以交付存摺及變更密碼乃為便利劉百森

配合買方將仲介銷售得款提領交付，難謂與劉百森執行仲介買賣之職務無涉。是以上訴人雖依劉百森指示，交付存摺、印章及變更密碼，仍難謂僅係劉百森個人犯罪行為。被上訴人此部分所辯，亦非可採。並堪認上訴人主張：圴鑫公司應依民法第188條第1項本文之規定，就其受僱人劉百森前揭不法侵權行為負連帶損害賠償責任等語，洵屬有據。

3、至於被上訴人辯稱：伊無從預見與防範劉百森對被上訴人之詐欺及行使偽造私文書行為，且伊已嚴格把關採用履約保證機制，即買方林美珍之價金匯至中國信託履約保證專戶，再經僑馥建經公司於104年11月2日及19日轉匯至上訴人系爭帳戶，伊對於劉百森之後對上訴人系爭帳戶內款項之訛詐侵害，實無監督之可能性。是縱認劉百森於客觀上仍有執行職務情事，依民法第188條第1項但書規定，伊亦無庸負連帶賠償責任云云，業據上訴人否認。且按僱用人選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害，依民法第188條第1項但書規定，固無需與受僱人連帶負損害賠償責任。惟所謂已盡相當之注意，係指僱用人於選任受僱人時，應衡量其將從事之職務，擇能力、品德及性格適合者任用之，並於其任職期間，隨時予以監督，俾預防受僱人執行職務發生不法侵害他人權利之情事；民法第188條第1項但書規定，僱用人選任受僱人及監督其職務之執行是否已盡相當之注意，其所應注意之範圍，關於選任方面，著重於受僱人之技術是否純熟，性格是否謹慎精細；而關於監督方面，則在於受僱人職務之執行，是否已提示其應注意事項，有無派員督導等（最高法院18年度上字第2041號判例、87年度台上字第791號判決意旨參照）。審酌劉百森於仲介系爭房地簽約時雖自稱為實質所有權人，且提出印鑑、權狀等證明文件為據，然圴鑫公司既仍以上訴人為交易賣方，且仍採履約保證機制辦理，顯見對劉百森是否確為系爭房地所有權人仍為有疑。則圴鑫公司於仲介簽約前，竟未注意向上訴人求證是否確授權劉百森出售系爭房地及確認買賣條

件，即率而以仲介經紀公司之地位完成簽約並點交房地，難謂其監督並無疏誤，則圩鑫公司抗辯已盡監督之責，故依民法第188條第1項但書規定，得免連帶責任云云，自不能採取。

4、綜上，上訴人主張劉百森盜賣系爭房屋及詐領系爭帳戶價金時，具執行圩鑫公司仲介職務之外觀等情，應屬可採。被上訴人前詞否認，並無可取。圩鑫公司應依民法第188條與劉百森所為侵權行為連帶負損害賠償責任，洵堪認定。

乙、關於住商公司部分：

按加盟經營者，指經紀業之一方以契約約定使用他方所發展之服務、營運方式、商標或服務標章，並受其規範或監督者而言，不動產經紀管理條例第4條第8款定有明文。本件圩鑫公司為住商公司之加盟店，並於該公司名片上標示為「住商不動產板橋海山加盟店」乙情，固為兩造所不爭執（本院卷第160至161頁）。且依據雙方簽訂之加盟連鎖經營契約書（下稱系爭加盟契約）第4條雖約定授權圩鑫公司以加盟店名義經營不動產經紀業務，第8條授權圩鑫公司使用住商公司企業識別系統，及第10條約定住商公司提供職前教育訓練，及於第28條約定住商公司得於圩鑫公司違約時停止其相關加盟權利（本院卷第265至279頁），然其加盟契約第4條第2、3項亦約定：「...2、乙方（即圩鑫公司）與客戶所簽訂之各式委託契約書，及提供交易雙方使用之契約書，均應使用向甲方（即住商公司）申購之標準制式契約書，以乙方自己公司名義訂定，並由乙方自行負簽約之法律責任。3、乙方應於營業場所明顯處，及所有名片、文具、文宣廣告、用品、不動產相關契約文件上，明確加註『加盟店』或『每一家加盟店皆為獨立經營之個體』之標示。」、第11條約定：「1、乙方因加盟店營業所需之各項營業費用（如水電費、郵電費、交通費、旅費、薪資、獎金、文具用品費、稅費、租金、修繕費、利息費用、廣告費、保險費...等）均由乙方自行負擔。2、乙方因營業所得服務費之發票與稅捐由乙方

自行負擔。」、第24條第2項第2、3、4款約定：「乙方有下列情形之一者，甲方得免為催告，逕行終止本約。(2)擅自以甲方代理人之身份，和第三者簽訂契約者。(3)未以乙方正確公司名義，與顧客簽訂契約者。(4)損害甲方或『住商不動產』之商譽或信用，情節嚴重者。...」等語（本院卷第268至276頁）。則揆之上開加盟契約之約定內容，堪認住商公司雖同意圴鑫公司加入開設以其商標標示之加盟店，然亦僅係收取加盟金（見本院卷第271頁系爭加盟契約第12條），並就授權營業項目、區域、營業場所、店頭招牌、店內設計、教育訓練、履約保證、建議收費標準、物件流通、人員數量、服務項目等為具體約定，至於圴鑫公司就個案仲介之締約，對員工之管理、監督等具體經營，均不受住商公司之管制。則住商公司抗辯：對於圴鑫公司、劉百森是否以及如何履行仲介系爭買賣契約之過程，並無決定、監督，以及考核之權限等語，洵屬有據。再參以系爭委託契約當事人欄之受託人雖載為「住商不動產板橋海山加盟店圴鑫不動產經紀有限公司（簽章）」（原審卷第159、165頁），然該契約與嗣後林美珍與上訴人間買賣契約均載明：「住商加盟店（受託人）為合法成立之不動產經紀業，已繳足營業保證金及完成經紀人備查。住商總部為經濟部評定之優良加盟總部。加盟店與加盟總部為不同之法人，財務與法律責任各自獨立。...」（原審卷第51、163頁）；均已明確表明從事仲介之經紀業者為圴鑫公司，並非住商公司，在外觀上要無使消費者誤認之可能。是上訴人主張：劉百森亦有為「住商不動產」執行職務之外觀，住商公司對於劉百森上開侵權行為亦應依民法第188條第1項規定負連帶賠償責任云云，並無理由。

五、關於上訴人可得請求圴鑫公司連帶賠償之金額：

(一)按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，此觀民法第216條第1項規定即明。所謂「所受損害」，即現存財產因損害事實之發生

而被減少，屬於積極的損害。所謂「所失利益」，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害（最高法院48年台上字第1934號判例意旨參照）。查劉百森違背授權擅自出售系爭房地，既如前述，則上訴人主張受有系爭房地所有權喪失之損害，自堪採取。且系爭房地既已出售予第三人林美珍，並完成移轉登記，已不能回復原狀，則上訴人主張圴鑫公司應與劉百森連帶以金錢賠償其所受損害等語，於法亦無不合。至於上訴人雖主張其所受損害應以委託出售之底價亦即劉百森曾承諾承買之750萬元計算云云，然系爭房地實際並未以該價格成交，自不能逕認係系爭房地之客觀價值。反觀系爭房地實際以720萬元出售予林美珍，已如前述，顯然系爭房地應具有720萬元之交易價值，則關於上訴人所受損害即系爭房地所有權之客觀價值，應以上開交易價值即720萬元為可採。上訴人主張其損害為750萬元，洵屬無據。

(二)次按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第217條第1項定有明文。此項規定之目的在謀求加害人與被害人間之公平，倘受害人於事故之發生亦有過失時，由加害人負全部賠償責任，未免失諸過酷，是以賦與法院得減輕其賠償金額或免除之職權。此所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用（最高法院94年度台上字第1855號判決意旨參照）。查將自有銀行帳戶之存摺、印章、密碼交予他人，可能遭他人盜領存款，為一般人盡其處理自己事務之注意義務即可知悉，上訴人卻未加注意，將系爭帳戶存摺、印章、密碼交予劉百森，致自履保專戶轉入系爭帳戶內之買賣價金遭盜領，足認其對於損害之擴大亦屬與有過失。則審酌劉百森前揭故意侵權行為及上訴人疏未注意善加保管存摺、印章、密碼，各自對於損害之發生及擴大之原因力大小，認為劉百森及上訴人應各負

80%、20%之責任。據此計算，上訴人可得請求賠償之金額為576萬元。

(三)至於圩鑫公司雖抗辯上訴人請求權已罹於消滅時效；且其已與劉百森以550萬元和解，自不得再請求賠償720萬元云云，並援引系爭刑事案件和解書為憑（附於本院106年度上字第1120號卷內第276頁）。然劉百森係於104年10月28日，擅自以上訴人名義，出售系爭房屋予林美珍，於同年11月2日及19日盜領出售系爭房地之所得款項，已如前述，則上訴人於106年9月20日提起本件訴訟（起訴狀見原審卷第11頁），其請求權並未罹於2年消滅時效而消滅。另檢視該和解書已約明：「一、雙方同意願以550萬元成立本件和解，乙方同意支付550萬元予林美華(甲方)，方式如下：...三、甲方同意乙方緩刑，乙方如有違反本和解條款，緩刑撤銷，且乙方願支付之金額回復為720萬元（扣除已支付之款項）。」；且劉百森於該刑案未獲緩刑（刑事判決書見原審卷第67頁），上訴人與劉百森並已另簽署協議書約定：「雙方就臺灣高等法院刑事庭106年度上訴字第1121號(戊股)案件所生民、刑事糾紛，曾經於106年7月19日簽署和解書，然因本案經臺灣高等法院於106年8月30日宣判，並未予緩刑宣告，亦未予交保裁定，故雙方簽署之和解書條款，即告失效，另協議如下：(一)甲方積欠乙方之金額，以臺灣新北地方法院106年度重訴字第409號侵權行為損害賠償事件民事判決所認定之金額為據。...」（本院卷第265頁），可知上訴人與劉百森所為和解已失效力，自不影響本件賠償金額之認定。又劉百森已給付上訴人30萬元，為上訴人所不爭執（本院卷第262頁），則於扣除後，上訴人可得請求圩鑫公司連帶給付之損害賠償應計為546萬元。其超逾部分之請求，則不能准許。

六、綜上所述，上訴人依民法第188條第1項規定，請求圩鑫公司給付546萬元，及自起訴狀繕本送達翌日（送達證書見原審卷第109頁）即106年10月12日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分，為無理由，

不應准許。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第二項所示，並酌定擔保為准、免假執行之宣告。至於上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及立論之證據資料，均經本院審酌後，對判決結果不生影響，爰無庸逐一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　3　　日

民事第十二庭

審判長法　官　李瑜娟

法　官　邱景芬

法　官　蕭清清

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1 第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。 如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　8　　日

書記官　強梅芳

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。